

Il contratto di manutenzione

Quali sono le modalità per definire un contratto sicuro e flessibile e quali sono le clausole da inserire sempre

avv. Edoardo Tedeschi
Partner Abbatescianni e Associati,
Osborne Clarke Alliance

La qualificazione giuridica del contratto di manutenzione

Qualificare un contratto significa inquadrare il contratto in esame in uno dei tipi di contratto previsti dal codice civile.

Tale aspetto si pone come questione preliminare allo studio del contratto di manutenzione ed assume particolare rilevanza alla luce del fatto che la giurisprudenza tende tradizionalmente, in sede di interpretazione del contratto, a rinvenire la fonte della disciplina non solo nelle clausole contrattuali quali espressione dell'autonomia contrattuale delle parti, ma anche nelle norme previste dal codice civile in relazione a singole fattispecie contrattuali.

Il contratto di manutenzione risulta essere il frutto di mutate e complesse esigenze di organizzazione aziendale ormai lontanissime dalla realtà nota al legislatore del '42.

In questo senso si delinea l'esigenza di approntare una struttura contrattuale capace di soddisfare concretamente i bisogni delle parti, il che induce l'operatore del diritto ad attingere a modelli di fonte differente da quella codicistica.

Da tali considerazioni emerge la necessità di affrontare con particolare attenzione e prudenza il problema della qualificazione del contratto di manutenzione.

In linea generale, nella fattispecie in esame una parte si obbliga a provvedere alla manutenzione di un impianto contro il versamento di un corrispettivo.

Lo schema così sinteticamente riprodotto parrebbe riconducibile alla figura tipica del **contratto di appalto** poiché provvedere alla manutenzione di un impianto significa sostanzialmente assumere l'obbligo di garantire il corretto funzionamento dello stesso e, difatti, l'enfasi sul risultato piuttosto che sulle singole prestazioni, è tratto caratterizzante del contratto d'appalto.

Va specificato comunque che nel caso del contratto di manutenzione il fine delle parti non consiste nella realizzazione di un impianto, bensì quello di provvedere alla sua manutenzione, con ciò intendendosi la esecuzione di quella serie di operazioni utili e necessarie a mantenere l'impianto stesso in normali condizioni di funzionamento e produttività.

Ai sensi dell'art. 1677 c.c. "se l'appalto ha per oggetto prestazioni continuative o periodiche di servizi, si osser-

vano in quanto compatibili, le norme di questo capo e quelle relative al contratto di somministrazione".

Detta norma è volta a rendere contemporaneamente applicabili al contratto di manutenzione le norme relative al contratto di appalto e quelle relative al contratto di somministrazione.

Manca però nel Codice un'indicazione circa le modalità concrete di coordinamento tra le differenti discipline applicabili: spetterà dunque all'interprete stabilire quali siano le integrazioni subite dalla disciplina generale dell'appalto.

Vi è un'ulteriore norma da tenere in considerazione: l'art. 1570 c.c. che chiude il capo dedicato alla somministrazione disponendo che "si applicano alla somministrazione, in quanto compatibili con le disposizioni che precedono, anche le regole che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni".

Dal punto di vista pratico la portata di tale norma sarà generalmente piuttosto limitata, ma potrà comunque costituire il mezzo attraverso cui l'interprete potrebbe far valere come applicabili al contratto di manutenzione, o meglio a parti di esso, le norme sulla compravendita, oppure quelle sul mandato, oppure ancora quelle sul contratto di licenza o di locazione.

Vista la molteplicità di norme afferenti al contratto di manutenzione, il quadro normativo risultante risulta privo di punti di riferimento certi, il che comporta notevoli problemi pratici.

In questa situazione assume importanza fondamentale una accurata redazione del testo contrattuale, finalizzata alla massima riduzione di possibili contrasti interpretativi.

Trattative

- Problema delle trattative sulla base del servizio che si intende prestare.

La negoziazione preventiva aiuta le parti a strutturare un rapporto duraturo, senza ricorrere alla classica forma delle "condizioni generali" che – il più delle volte – non è adatta al caso di specie e subisce il rischio della vessatorietà della clausola. In tali casi, vi è la possibilità che una parte eccepisca la nullità della pattuizione in quanto vessatoria e non espressamente accettata per iscritto.

- La responsabilità precontrattuale ai sensi dell'articolo 1337 c.c. e la buona fede.

La trattativa deve essere condotta in maniera costruttiva e volta alla definizione del testo finale. La violazione delle trattative viene sanzionata dal codice e conduce a richiesta di risarcimento del danno.

- La lettera di intenti.

La soluzione per una corretta struttura parte da una ragionata lettera di intenti che, senza assumere caratteri vincolanti (ben specificando tale fatto nel testo prima che si possa parlare di preliminare di manutenzione), aiuta le parti a strutturare periodi di prova o test sul ciclo aziendale che aiutano il c.d. *fine tuning* tra committente e appaltatore.

Contenuto

L'oggetto o contenuto del contratto di manutenzione, ovvero il complesso delle obbligazioni, dei diritti e degli obblighi che delineano il negozio verterà intorno ad una definizione del concetto di manutenzione.

Ciò a seguito del fatto che lo scopo concreto che si prefigge il committente apprestandosi alla conclusione di un contratto di manutenzione è quello di affidare ad un terzo l'obbligo di provvedere all'espletamento di tutte quelle attività coordinate ed organizzate che consentano il regolare funzionamento dell'impianto.

Va peraltro tenuto in considerazione il fatto che le tecniche di manutenzione elaborate dal mondo aziendale e produttivo costituiscono un universo assai più variegato e complesso rispetto alla bipartizione tradizionalmente riconosciuta che distingue fra manutenzione ordinaria e straordinaria.

Da ciò deriva che le parti dovranno essere pienamente consapevoli delle differenze esistenti in concreto tra i diversi metodi manutentivi.

Due potranno allora essere le fondamentali linee di approccio.

I) La prima consiste nell'approntare specificamente le metodologie che l'appaltatore dovrà adottare, e ciò potrà avvenire formulando accurate previsioni nei *Service Level Agreement*.

II) La seconda si basa, invece, sull'individuazione limitata alle linee guida cui l'appaltatore dovrà ispirarsi, mantenendo ampia libertà di determinare in concreto il metodo ritenuto più adatto.

Nei contratti il cui scopo è quello di trasferire all'esterno dell'impresa l'intera funzione di manutenzione, il secondo approccio potrebbe presentare rilevanti vantaggi.

In primo luogo perché il committente è indotto alla conclusione di un contratto di manutenzione dalla speranza di ridurre i relativi costi ed un vincolo metodologico imposto all'appaltatore potrebbe costituire un elemento di rigidità tale da ridurre il risparmio potenziale; in secondo luogo in quanto l'appaltatore possiede un know-how specifico in tema di manutenzione ed è pertanto in grado di individuare soluzioni innovative per l'impianto e/o per il committente capaci di garantire maggiore effi-

cienza, ma ciò alla condizione che egli possa disporre del necessario margine di discrezionalità.

L'ultima considerazione in proposito che è ulteriormente in grado di supportare l'assunto di cui sopra concerne il fatto che l'ordinamento italiano ha conosciuto una serie di riforme dedicate in linea generale alla sicurezza degli impianti e che tali provvedimenti hanno spesso introdotto definizioni di manutenzione caratterizzate da una particolare aderenza alla realtà disciplinata dai provvedimenti che le contengono.

Ebbene, considerato che oggetto del contratto di manutenzione con tutta probabilità saranno anche attività soggette alla disciplina di tale normativa speciale, è evidente che la predeterminazione di una definizione di manutenzione potrebbe risultare incompatibile con le analoghe definizioni.

Si conclude, quindi, sostenendo come opzione preferibile quella che predilige una struttura contrattuale flessibile, che non contenga una definizione analitica della manutenzione richiesta all'appaltatore.

Corrispettivo

Le modalità di determinazione del corrispettivo distinguono fondamentalmente tra interventi programmati e interventi eccezionali.

Quanto ai primi, si prevede la corresponsione, ad intervalli regolari, di un canone (di importo fisso o decrescente), determinato sulla base dei risultati delle rilevazioni compiute nel corso del periodo iniziale del contratto, in modo tale da consentire all'appaltatore la realizzazione di un margine (quanto meno tendenzialmente) predeterminato.

Per gli interventi eccezionali si prevede, invece, un sistema di remunerazione fondato sul rimborso dei costi, cui andrà aggiunta una percentuale (profitto dell'appaltatore) sino al raggiungimento del limite massimo di spesa stabilito dall'imprenditore; oltre tale limite, all'appaltatore, che rimane obbligato a procedere all'intervento, spetta esclusivamente il rimborso dei costi.

L'interrelazione dei due sistemi retributivi dovrebbe indurre l'appaltatore a provvedere con la massima diligenza all'esecuzione degli interventi programmati, il che dovrebbe comportare una riduzione del rischio di interventi eccezionali, rispetto ai quali come già detto l'appaltatore corre il rischio di non realizzare alcun utile.

Il committente, a sua volta, dovrebbe essere incentivato, in sede di valutazione preliminare, a fornire all'appaltatore tutte le informazioni necessarie ad una valutazione completa e, in sede di esecuzione del contratto, a prestare la massima collaborazione.

Ciò al fine di evitare che il reiterarsi di interventi eccezionali porti al superamento del limite massimo di spesa autorizzato.

Il Collaudo

Al fine di consentire all'appaltatore una completa valuta-

zione delle problematiche proprie dell'impianto oggetto del contratto di manutenzione, i testi più articolati arrivano a prevedere una sorta di "periodo di prova" nel corso del quale l'appaltatore procede, con la cooperazione del committente ad una serie di rilevazioni e misurazioni dietro pagamento di un corrispettivo.

Solo al termine di tale periodo le parti sono in grado di determinare con la necessaria precisione e completezza quali saranno gli indicatori (tempo di disponibilità dell'impianto, tempo di fermo, quantità di prodotti usciti dall'impianto ecc.) rispetto ai quali verificare l'efficacia dell'intervento dell'appaltatore, nonché di concordare i valori di riferimento che tali indicatori dovranno assumere al fine di certificare un funzionamento "normale" dell'impianto.

Dal punto di vista dell'appaltatore, inoltre, tale periodo consentirà di acquisire informazioni di varia natura circa le caratteristiche dell'impianto considerato nel suo complesso (macchine installate, metodologie produttive adottate, consistenza del magazzino ricambi, politica degli approvvigionamenti, grado di competenza tecnica del personale addetto alla produzione).

Principali deroghe alla legge

Innanzitutto pare particolarmente rilevante la deroga alla normativa di cui all'art. 1664 c.c. che riconosce ad entrambe le parti il diritto di chiedere una revisione del corrispettivo nel caso in cui, a seguito di mutamenti imprevedibili delle condizioni del mercato, si verifichi un aumento o una diminuzione dei costi della prestazione richiesta all'appaltatore superiore al decimo del corrispettivo medesimo.

A questo proposito si ritiene che il contratto di manutenzione dovrebbe escludere espressamente il diritto di chiedere la revisione del prezzo, ma precisando nel contratto a quale delle parti, e in che misura, è attribuito il rischio di variazioni dei costi.

Una chiara manifestazione della volontà delle parti in tal senso potrebbe infatti essere utilizzata come criterio d'interpretazione del contratto in sede di eventuali contestazioni.

Quanto alla disciplina relativa al diritto di recesso, va detto che a tal proposito si pongono alcuni problemi interpretativi.

L'art. 1671 c.c., anche in mancanza di un'espressa pattuizione in tal senso, riconosce al committente la possibilità di recedere dal contratto.

Va tuttavia evidenziato come l'applicabilità dell'art. 1671 c.c. non appare perfettamente in linea con l'effettiva natura giuridica della fattispecie contrattuale in esame che è sostanzialmente riconducibile al tipo dell'appalto di servizi ad esecuzione continuata o periodica.

Sembra più corretto individuare la normativa di riferimento, per il caso di recesso delle parti, nell'ambito della disciplina della somministrazione e, in particolare, nell'art. 1569 c.c. che, nell'ipotesi di contratto a tempo indeterminato,

riconosce ad entrambe le parti la facoltà di recedere dal contratto, salvo soltanto l'obbligo del preavviso e di provvedere al pagamento delle prestazioni già eseguite dal fornitore o in corso d'esecuzione.

Di conseguenza, proprio in relazione a tale aspetto, si evidenzia come, essendo l'oggetto del contratto costituito da un servizio di vitale importanza per l'azienda del committente, si rivelino fondamentali previsioni che dispongano una durata determinata del contratto ed inoltre che, se non espressamente volte ad escludere il diritto di recesso, ne disciplinino le conseguenze.

Un aspetto, quindi, che andrà sicuramente espressamente regolato sarà quello del periodo di preavviso che l'appaltatore dovrà osservare laddove decida di esercitare il diritto di recesso.

Quanto, infine, alla risoluzione, l'art. 1564 c.c. riconosce al committente il diritto di risolvere, previa diffida con fissazione di un termine per porre fine al comportamento contestato, il contratto, se nel corso dell'esecuzione si verifica un inadempimento di notevole importanza dell'appaltatore.

Appare dunque ragionevole ipotizzare l'esigenza di avere una risoluzione "procedimentalizzata", mediante previsione in contratto delle modalità con cui far valere le contestazioni (forma della denuncia, previsione di un termine per l'appaltatore per formulare eventuali osservazioni alla denuncia ecc.) e delle conseguenze di tali contestazioni (tentativo di conciliazione con il rappresentante del committente, arbitrato ecc.).

Approcci contrattuali innovativi

Il rapporto giuridico che lega l'imprenditore al soggetto chiamato a garantire la manutenzione dell'impianto è caratterizzato da notevole complessità ed imprevedibilità.

Da ciò discende il bisogno di usufruire di strutture contrattuali flessibili, capaci di offrire quantomeno il mezzo per raggiungere una delle possibili soluzioni.

In tale prospettiva i contratti di manutenzione si vanno caratterizzando per una sempre maggior enfasi sul concetto di condivisione degli obiettivi e, conseguentemente, di trasparenza delle condizioni di svolgimento della relazione.

I contratti di manutenzione, pertanto, contengono clausole che prevedono l'obbligo per l'appaltatore di rendere regolarmente conto al committente, ovvero di tenere una vera e propria contabilità separata relativa al singolo contratto di manutenzione.

Detta ipotesi consente all'imprenditore di verificare costantemente l'effettivo contenimento dei costi, nonché alle parti di controllare che l'appaltatore realizzi il margine tendenziale concordato.

Si può, inoltre, individuare una tendenza a redigere contratti che per accentuare ulteriormente il concetto di condivisione degli obiettivi, obbligano l'appaltatore che realizza un margine superiore a quello previsto ad utilizzare l'eccedenza di profitto per realizzare opere di inno-

vazione all'interno dell'impianto, secondo le indicazioni che provengono non solo dall'imprenditore, ma anche dalla manodopera.

L'appaltatore vede, in tal caso, ridotto il suo margine ma solo di una porzione pari al costo delle opere di innovazione, che verranno addebitate al committente a tariffa piena.

Quest'ultimo da parte sua beneficia delle innovazioni ed è in grado di incentivare i propri dipendenti che possono vedere realizzate proposte di modifica agli impianti nate dall'esperienza quotidiana.

Nella medesima prospettiva meritano segnalazione coloro che auspicano l'inserzione nei contratti di manutenzione di clausole che prevedano, da un lato, un meccanismo di aggiornamento del corrispettivo basato sull'effettivo raggiungimento (o in alternativa sul mancato raggiungimento) del "normale" funzionamento dell'impianto (*clausola bonus malus*) e, dall'altro, giungono addirittura ad ipotizzare che l'appaltatore finanzia l'imprenditore per l'esecuzione di quegli interventi di aggiornamento dell'impianto che possano avere effetti di contenimento sui costi di manutenzione ed abbiano un periodo di ammortamento almeno pari alla durata prevista del contratto.

Le garanzie dell'appaltatore

A carico della parte obbligata a garantire la manutenzione dell'impianto grava la responsabilità per difformità e vizi dell'opera prevista dall'art. 1667 c.c., mentre è esclusa l'applicabilità della responsabilità per rovina e difetti di cui all'art. 1669 c.c., in quanto la stessa fa riferimento a beni immobili e, comunque, alla costruzione di un manufatto, concetto estraneo al contratto di manutenzione.

In relazione al contratto di manutenzione, allora, la disciplina di fonte legale risulta piuttosto insoddisfacente.

Si tratta, infatti, di una disciplina concepita con riferimento alla figura tradizionale del contratto di appalto (l'appalto per la costruzione di un immobile) difficilmente adattabile a forme evolute di appalto come il contratto di manutenzione.

Si comprende, così, la ragione dell'ampio ricorso a forme alternative di garanzie contrattuali che caratterizza la pratica dei contratti di manutenzione. All'appaltatore viene di norma richiesto di far sì che un istituto di credito si renda garante della corretta esecuzione del contratto di manutenzione, ovvero dell'effettivo raggiungimento dei valori minimi concordati degli indici di efficienza previsti nel contratto (**performance bond**).

L'entità di tale garanzia può variare notevolmente in funzione dei rischi obiettivi dell'attività di manutenzione oggetto del contratto, ma anche del potere contrattuale delle parti.

Gestione del contenzioso

Meritano un particolare cenno le problematiche relative alla composizione delle dispute che possono insorgere nel corso dell'esecuzione del rapporto e che assumono

connotati di notevole criticità date le peculiarità del contratto di manutenzione.

Il contratto di manutenzione dovrà prevedere, da un lato, una sostanziale compressione del diritto, riconosciuto alle parti dall'art. 1460 c.c. di sospendere le proprie prestazioni qualora si verifichi un inadempimento della propria controparte contrattuale e, dall'altro, clausole che consentano, nei limiti del possibile, la composizione delle controversie senza necessità di ricorrere al giudice (ordinario o arbitrale).

D'altra parte i due concetti risultano essere strettamente connessi: l'art. 1460 c.c. al secondo comma dispone, infatti, che "non può rifiutarsi l'esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede".

In questo senso, la previsione in contratto di una serie di garanzie di corretto adempimento e di meccanismi espressamente dedicati alla risoluzione rapida delle controversie potrebbero costituire, se considerate nel complesso di un contratto che ponga la dovuta enfasi alla condivisione dei risultati tra le parti, "circostanze" tali da rendere illegittimo il tentativo di una delle parti di sospendere le proprie prestazioni di fronte all'inadempimento dell'altra.

Quanto ai metodi di risoluzione rapida delle controversie si potranno inserire nel contratto di manutenzione clausole che consentano, da un lato, una rapida soluzione delle controversie tecniche.

Sotto tale profilo si potrebbe immaginare una figura analoga a quella dell'*engineer*, sempre presente nei contratti di appalto internazionali, ovvero di una figura tecnica, nominata dal committente, ma in grado di garantire sufficiente imparzialità si dà procedere alla soluzione delle controversie di carattere tecnico che si incontreranno nella esecuzione del contratto. Giuridicamente parlando, si tratta della figura dell'arbitratore di cui all'art. 1349 c.c.

Dall'altro lato clausole che consentano la "registrazione" delle contestazioni aventi contenuto economico che saranno devolute al giudice prescelto al termine della relazione contrattuale, oppure in costanza di rapporto e senza sospensione dell'attività. Si tratta del c.d. registro delle riserve. In tale modo, vengono evidenziati i problemi sorti in corso di esecuzione e viene altresì ritardata la loro soluzione per non colpire lo svolgimento del contratto nel suo intero.

Edoardo Tedeschi nasce a Milano il 5 ottobre 1970 e si laurea nel 1994 in legge presso l'Università Statale di Milano e diventa avvocato nel 1997. È stato membro dello staff del Dipartimento di Diritto Internazionale dell'Università Statale e del Dipartimento di Diritto



Commerciale Comunitario dell'Università Bocconi di Milano. È partner dello Studio Legale Abbatesciani & Associati - Osborne Clarke Alliance - di Milano. Autore di numerose pubblicazioni, è specializzato nelle seguenti aree: Corporate e Finance, Restructuring and Energy.

l'Autore